
La polémica sobre la compatibilidad con el principio constitucional de no discriminación por razón de sexo de los conciertos de la administración con los centros que imparten educación diferenciada

The Controversy on the Compatibility with the Constitutional Principle of Non-Discrimination Based on Sex of the Financing Agreements between the Administration and Schools Providing Single-Sex Education

Luis MÍGUEZ MACHO

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Santiago de Compostela
luis.miguez@usc.es

RECIBIDO: 27/11/2015 // ACEPTADO: 11/06/2016

Resumen: Este trabajo tiene por objeto el estudio de la más reciente evolución de la polémica jurídica que existe en España sobre la compatibilidad con el principio constitucional de no discriminación por razón de sexo de los conciertos de la Administración con los centros que imparten educación diferenciada. Para ello, se aborda en primer lugar la caracterización jurídica de los conciertos educativos. A continuación, se hace una referencia, necesariamente breve, a la polémica sobre la educación diferenciada, incidiendo sobre todo en los aspectos jurídicos de la misma. Por último, se entra en el estudio de los conciertos con los centros educativos que ofrecen educación diferenciada y su situación legal en la actualidad, a la luz de las previsiones del artículo 84, apartado tercero, de la Ley orgánica de educación y de la jurisprudencia que lo interpreta.

Palabras clave: libertad de enseñanza; servicio público educativo; conciertos educativos; centros educativos concertados; educación diferenciada.

Abstract: This paper aims to study the latest developments in the Spanish legal controversy on the compatibility with the constitutional principle of non-discrimination based on sex of the financing agreements between Administration and schools providing single-sex education. To this end, it analyses first the legal characterization of educational financing agreements. Then it makes a succinct reference to the controversy over single-sex education, focusing on its legal aspects. Finally, the paper studies the financing agreements between Administration and schools providing single-sex education and their legal situation today, in the light of the provisions of Article 84.3 of the Spanish Basic Education Act and the case law interpreting it.

Keywords: educational freedom; public education services; educational financing agreements; private schools with public funding; single-sex education.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por objeto el estudio de la reciente evolución de la polémica jurídica que existe en nuestro país sobre la compatibilidad con el principio constitucional de no discriminación por razón de sexo de los conciertos de la Administración con los centros que imparten educación diferenciada. Esta polémica renació con fuerza tras las sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 23 y 24 de julio de 2012, dictadas en los recursos de casación núms. 4591/2011 y 5423/2011, que cambiaron la doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión. Mientras con anterioridad el Alto Tribunal admitía con carácter general la legalidad de los conciertos educativos con los centros que nos ocupan, a partir de esas dos sentencias, que se basan en la novedad que supondría en esta materia la vigente redacción del artículo 84, apartado tercero, de la Ley orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación, ha pasado a considerarlos incompatibles con nuestro Ordenamiento jurídico, aunque, debe hacerse notar ya desde un primer momento, no por resultar contrarios al principio constitucional de no discriminación por razón de sexo, sino por entrar en conflicto con el mencionado precepto de la Ley orgánica de educación, lo que no deja de producir alguna perplejidad, como se tendrá ocasión de comprobar.

Pero la polémica jurídica y política sobre esta cuestión no está ni mucho menos cerrada. La Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2013, incluyó en su artículo 17, relativo al módulo económico de distribución de fondos públicos para sostenimiento de centros concertados, un apartado octavo que prevé que «lo establecido en este artículo será plenamente aplicable a la financiación de todos los centros concertados incluidos los de educación diferenciada que escolarizan alumnos de un solo sexo, y ello, *[sic]* con independencia del modelo de agrupamiento de alumnos que realicen los centros docentes en el ejercicio de sus competencias»¹, con lo que presupuso que la financiación pública de los centros que practican la educación diferenciada seguía siendo legalmente posible. Por su parte, la Ley orgánica para la mejora de la calidad educativa² modifica el artículo 84, apartado tercero, de la Ley orgánica de educación para dejar claro que la enseñanza

¹ Esta previsión, que no aparecía en el texto del Proyecto de Ley, fue producto de la aceptación de la enmienda núm. 2.458 del Congreso de los Diputados, formulada por el diputado de Unión del Pueblo Navarro, integrado en el Grupo parlamentario mixto, Carlos Salvador Armendáriz.

² Ley orgánica 8/2013 de 9 de diciembre.

diferenciada no tiene carácter discriminatorio, si cumple determinados requisitos, y que a los centros que la practican no se les puede discriminar a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas ni en ningún otro aspecto.

Nos hallamos, así pues, ante una cuestión compleja que, como otras relacionadas con los múltiples perfiles del principio de igualdad, afecta de manera muy intensa a las relaciones entre el Derecho público y el Derecho privado. Y lo hace, además, en una de las áreas fronterizas entre ambos que mayores problemas de deslinde plantea, la llamada enseñanza concertada, que supone que centros educativos privados, protegidos por la libertad de enseñanza y de creación de centros docentes que reconoce el artículo 27 de la Constitución, se ven sometidos a una fortísima intervención pública como contrapartida a la financiación que reciben a través de los conciertos que suscriben con la Administración educativa.

Por consiguiente, para el análisis fundamentado del tema que nos ocupa, lo primero que hay que abordar es la caracterización jurídica de los conciertos educativos. A continuación, se hará una referencia, aunque sea breve, a la polémica sobre la educación diferenciada, incidiendo sobre todo en sus aspectos jurídicos. Por último, se entrará ya en el estudio de los conciertos con los centros educativos que ofrecen educación diferenciada y su situación legal en la actualidad, a la luz de las previsiones del artículo 84, apartado tercero, de la Ley orgánica de educación y de la jurisprudencia que lo interpreta.

II. CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LOS CONCIERTOS EDUCATIVOS

II.1. *La educación como servicio público de carácter social*

No es posible comprender cabalmente la naturaleza jurídica de los conciertos educativos sin analizar de manera previa lo que supone la consideración de la educación como servicio público. Lo primero que debe ponerse de manifiesto es la gran diferencia que existe entre la aplicación del servicio público como técnica de garantía prestacional a actividades consideradas tradicionalmente de relevancia económico-empresarial, que se someten a un régimen de monopolio público *de iure* y se gestionan con criterios en buena medida económicos, y la aplicación de dicha técnica a las actividades de carácter social y asistencial, como la educación, en las que no hay monopolio público de la

actividad y cuya gestión por la Administración se basa de manera prioritaria en el principio de solidaridad³.

En las primeras, la aplicación de la técnica del servicio público implica la reserva a la titularidad pública por la ley del sector económico concernido (*publicatio*), con la consiguiente exclusión del mismo del ámbito de la libertad de empresa; se trata, pues, de la reserva de servicios esenciales al sector público a la que se refiere el segundo inciso del artículo 128, apartado segundo, de la Constitución. Una vez producida la *publicatio*, es la Administración quien organiza la gestión del servicio, dentro de los márgenes que le permita la ley, con el fin de garantizar a los individuos determinadas prestaciones que se consideran esenciales y tratando de asegurar, al mismo tiempo, la viabilidad económica de aquél. Por consiguiente, los particulares sólo podrán ejercer la actividad económica de que se trate si la Administración opta por la gestión indirecta del servicio y obtienen la adjudicación a su favor del correspondiente contrato de gestión del mismo. Tras los procesos de liberalización emprendidos a partir de los años ochenta del siglo pasado, en nuestro país la técnica clásica del servicio público en los términos que se acaban de enunciar únicamente se utiliza en el transporte regular de viajeros por carretera y en los servicios de ámbito local recogidos en el artículo 86, apartado tercero, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (abastecimiento y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, suministro de calefacción, mataderos, mercados y lonjas centrales y el ya mencionado transporte público de viajeros).

Por el contrario, en el ámbito de las actividades de carácter social y asistencial (educación, sanidad, servicios sociales en sentido estricto), la aplicación de la técnica del servicio público nunca ha implicado la *publicatio* de sectores enteros de actividad con exclusión de la libre iniciativa privada, sino la convi-

³ Sobre la configuración jurídica de los servicios públicos de carácter social y asistencial y su diferencia con los servicios públicos de carácter económico-empresarial, puede acudir a L. MÍGUEZ MACHO, *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*, Cedecs, Barcelona, 1999, pp. 79-80 y 95-96; y más recientemente a J. TORNOS MAS y A. GALÁN GALÁN, *La configuración de los servicios sociales como servicio público. Derecho subjetivo de los ciudadanos a la prestación del servicio*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007, pp. 19-20; para una perspectiva ligeramente distinta de la cuestión, basada en la contraposición entre servicios atinentes a la persona y al territorio, véase M. VAQUER CABALLERÍA, «Los problemas de la contraposición entre económico y social en la doctrina europea de los servicios de interés general», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 8 (2005), <www.iustel.com>, pp. 3-5, donde se sintetizan aportaciones anteriores del mismo autor.

vencia de dos sistemas prestacionales paralelos: uno de carácter público, que se caracteriza por ofrecer sus prestaciones al margen de las reglas del mercado, es decir, de manera gratuita o a cambio de precios públicos que no cubren los costes de prestación del servicio (por lo que éste necesariamente se tiene que financiar acudiendo a partidas presupuestarias públicas o a cotizaciones sociales, de acuerdo con el principio de solidaridad), y otro de carácter privado, que realiza la misma actividad, bien con fines de lucro, bien de manera altruista, pero en todo caso sin necesidad de un contrato de gestión del servicio con la Administración y sometido únicamente a las potestades de policía que ésta ostenta sobre las actividades privadas⁴. Por tanto, en estos ámbitos sólo se puede considerar servicio público la actividad que realiza el sector prestacional público, no la que realiza el sector prestacional privado.

Tal es la caracterización de la educación que se desprende del artículo 27 de la Constitución Española. Para garantizar el derecho de todos a la educación, los Poderes públicos han de mantener una red de centros docentes de titularidad pública (de «creación de centros docentes» habla el apartado quinto del artículo), que debe ofrecer, en todo caso, la enseñanza básica de manera gratuita. Pero, al mismo tiempo, se reconoce la libertad de enseñanza, la cual, según el apartado sexto del artículo, incluye la libertad de creación de centros docentes privados, dentro del respeto a los principios constitucionales. Estos centros privados quedan sometidos (al igual que los públicos) a las facultades administrativas de inspección y homologación para garantizar el cumplimiento de las leyes que prevé el apartado octavo del artículo 27, y que son típicas potestades de policía.

II.2. *La colaboración privada en la prestación de los servicios públicos de carácter social*

Ahora bien, la configuración de los servicios públicos de carácter social que se acaba de exponer no excluye la colaboración en su prestación del sector privado que desarrolla la misma actividad. De manera similar a lo que sucede con los servicios públicos de carácter económico-empresarial, es posible recu-

⁴ Para la distinción entre sector privado asistencial lucrativo y no lucrativo, véase C. ALEMÁN BRACHO y M. GARCÍA SERRANO, *Los servicios sociales especializados en España*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2009, pp. 68-70. Una caracterización general del régimen de intervención pública sobre la actividad asistencial privada puede encontrarse en J. M^a RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 170-172.

rrir a la gestión indirecta a través de contratos de gestión de servicios públicos. De hecho, de las cuatro modalidades de este contrato que recogía el texto articulado de la Ley de contratos del Estado, aprobado por el Decreto 923/1965, de 8 de abril, y que se mantienen hasta hoy, hay una, el «concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate», que parece pensada específicamente para el ámbito que nos ocupa, pues justamente es en los servicios públicos de carácter social y asistencial donde, por no haber *publicatio* con reserva de la actividad al sector público, nos encontramos con particulares que realizan la misma actividad que constituye el objeto del servicio público⁵.

Por consiguiente, los particulares que realizan las actividades que son el objeto de servicios públicos de carácter social, además de desarrollar dichas actividades de forma libre, sometidos únicamente a las potestades de policía de la Administración, pueden vincularse eventualmente a ésta mediante un contrato de gestión de servicios públicos, por lo general en la modalidad del concierto, para convertirse en gestores indirectos del correspondiente servicio público. Como es obvio, esto los sujeta a los pliegos del contrato, que los obligará a prestar el servicio de acuerdo con la reglamentación administrativa aplicable al mismo.

Pero en los servicios de carácter social existe otra manera de recurrir a la colaboración privada: subvencionar al sector privado asistencial, auxiliándolo económicamente para que pueda ofrecer a bajo coste, o incluso de manera gratuita, determinadas prestaciones que se quieren garantizar a los individuos. De hecho, es posible que resulte más económico para las finanzas públicas el otorgamiento de subvenciones al sector privado asistencial que extender (o crear) una red prestacional pública. Se mantendría entonces la actividad administrativa de garantía prestacional, pero sin desarrollarse a través de la técnica del servicio público: a diferencia del supuesto de contrato de gestión de servicios públicos, en el de subvención el particular no se convierte en gestor indirecto de un servicio público, sino que la actividad se sigue realizando en régimen privado⁶.

⁵ Sobre la caracterización jurídica del concierto como modalidad del contrato de gestión de servicios públicos, véase L. MÍGUEZ MACHO, «Las formas de colaboración publico-privada en el Derecho español», *Revista de Administración Pública*, núm. 175 (2008), pp. 175 y ss.

⁶ Para un estudio de esta alternativa al régimen clásico de los servicios públicos de carácter social y asistencial, cabe remitirse a L. MÍGUEZ MACHO, «La transformación del régimen jurídico de los servicios sociales», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 153 (2012), pp. 33-61.

Sin embargo, hace ya mucho tiempo que el profesor José Luis Villar Palasí formuló el principio de la intercambiabilidad de las técnicas administrativas, que nos enseña que el fomento administrativo de las actividades privadas de utilidad pública o interés social puede convertirse perfectamente en una forma de intervención sobre aquéllas⁷: en el caso de la subvención, es bien conocido que su otorgamiento lleva aparejada la carga de desarrollar la actividad subvencionada en las condiciones que la Administración haya establecido como determinantes para la obtención de la misma⁸.

Por lo demás, no puede dejar de hacerse notar que la proximidad entre subvención y concierto es todavía mayor debido al hecho, ya señalado, de que en los servicios públicos de carácter social el usuario, normalmente, no paga el coste de las prestaciones que recibe. Ello implica que en los conciertos para la prestación de servicios públicos de este tipo quien retribuye al contratista es la Administración, no los usuarios, con lo que hay una transferencia directa de fondos públicos al particular gestor del servicio que presenta evidentes similitudes con una subvención.

II.3 *La confusa naturaleza jurídica de los conciertos educativos*

Esta confusión alcanza altos grados de intensidad en los conciertos educativos. El artículo 27 de la Constitución establece, en su apartado noveno, que «los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca», lo que parece remitir a un modelo de sub-

⁷ Véase *La intervención administrativa en la industria*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, p. 94.

⁸ El artículo 14, apartado primero, de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, enuncia entre las obligaciones de los beneficiarios de estas ayudas «a) Cumplir el objetivo, ejecutar el proyecto, realizar la actividad o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de las subvenciones» y «b) Justificar ante el órgano concedente o la entidad colaboradora, en su caso, *el cumplimiento de los requisitos y condiciones*, así como la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad que determinen la concesión o disfrute de la subvención». Más adelante, el artículo 37, apartado primero, letra f), tipifica como causa de reintegro de las subvenciones el «incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a las entidades colaboradoras y beneficiarios, *así como de los compromisos por éstos asumidos, con motivo de la concesión de la subvención, siempre que afecten o se refieran al modo en que se han de conseguir los objetivos, realizar la actividad, ejecutar el proyecto o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de la subvención*». Asimismo, el artículo 57, letra b), tipifica como infracción grave en materia de subvenciones «el incumplimiento de las condiciones establecidas alterando sustancialmente los fines para los que la subvención fue concedida».

vención pública de los centros docentes privados, que respetaría plenamente la libertad educativa de éstos y no los convertiría en gestores indirectos del servicio público de la educación. Sin embargo, esas ayudas públicas a los centros docentes privados hoy se canalizan a través de la fórmula del concierto, tal como establece la legislación de desarrollo del citado precepto constitucional (título IV de la Ley orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación, en la parte en que todavía se mantiene vigente, y artículos 116 y 117 de la Ley orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación, modificada, pero no sustituida por la L.O. 8/2013)⁹.

Estos conciertos, ciertamente, no se rigen por la legislación de contratos del sector público, sino por la propia legislación educativa (además de las leyes antes citadas, hay un Reglamento de normas básicas sobre conciertos educativos, aprobado por el Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre, y normativa autonómica de desarrollo), pero no son tampoco simples convenios de otorgamiento de subvenciones de los previstos por el artículo 28, apartado primero, de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones. Se puede decir que son una figura híbrida, aunque, si se analiza la concepción de los mismos que se desprende de la vigente legislación educativa, la conclusión inequívoca es que se aproximan más a contratos de gestión de servicios públicos que a instrumentos de formalización de subvenciones.

En efecto, es muy claro que esta legislación concibe primordialmente la enseñanza concertada como un recurso complementario de la red de centros docentes públicos para dar cumplimiento al mandato del apartado cuarto del artículo 27 de la Constitución según el cual «la enseñanza básica es obligatoria y gratuita». En tal sentido, el artículo 108, apartado cuarto, de la Ley orgánica de educación proclama que «la prestación del servicio público de la educación se realizará, [sic] a través de los centros públicos y privados concertados» y el artículo 116, apartado primero, del mismo texto legal orienta prioritariamente la posibilidad de formalizar conciertos educativos a «los centros privados que ofrezcan enseñanzas declaradas gratuitas en esta Ley y satisfagan necesidades de escolarización».

⁹ Para un estudio en profundidad del régimen jurídico de los conciertos educativos, véanse J. M. DÍAZ LEMA, *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro derecho nacional, y en el derecho comparado*, Marcial Pons, Madrid, 1992; I. DE LOS MOZOS TOUYA, *Educación en libertad y concierto escolar*, Montecorvo, Madrid, 1995; y, más recientemente, Á. ROMEA SEBASTIÁN, *Régimen jurídico de los centros concertados*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

Esta concepción implica que el régimen de concierto no sólo obliga a «impartir gratuitamente las enseñanzas objeto de los mismos» (así como a prestar sin carácter lucrativo las actividades escolares complementarias y las extraescolares y los servicios escolares), de acuerdo con el artículo 51 de la Ley orgánica reguladora del derecho a la educación, sino que limita fuertemente las facultades de dirección de los titulares de los centros privados concertados, ínsitas tanto en la libertad constitucional de creación de centros docentes como, en su caso, en la libertad de empresa. Tales limitaciones alcanzan a tres grandes ámbitos: el organizativo, pues ya el propio apartado séptimo del artículo 27 de la Constitución impone que «los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de *todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos*, en los términos que la ley establezca», el de la contratación del personal docente, sometida en los centros privados concertados a los principios de publicidad, mérito y capacidad, de acuerdo con el artículo 60 de la Ley orgánica reguladora del derecho a la educación, y, por fin, el de la admisión de los alumnos, dado que el artículo 84 de la Ley orgánica de educación establece idénticos criterios de admisión para los centros públicos y los privados concertados¹⁰.

II.4. *Conciertos educativos y Constitución*

Ahora bien, no puede dejar de señalarse que la vigente configuración legal de los conciertos educativos presenta no pocas dificultades desde el punto de vista constitucional. El apartado noveno del artículo 27 de la Constitución establece de manera imperativa que «los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca», pero en el actual régimen de concierto predomina netamente el carácter de modalidad de gestión indirecta del servicio público de la educación, que lo convierte en un instrumento a través del cual la Administración se auxilia a sí misma para prestar ese servicio, sobre el de ayuda a los centros docentes

¹⁰ Para una visión crítica de estas limitaciones y de la propia configuración que la actual legislación educativa española hace de la educación como servicio público, véase J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «La educación escolar, servicio esencial: implicaciones jurídico-públicas», en J. L. Requero Ibáñez y J. L. Martínez López-Muñiz (dirs.), *Los derechos fundamentales en la educación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, pp. 7-78.

privados¹¹. En esta lógica, las facultades de dirección de los titulares de los centros docentes, que son cruciales para el mantenimiento del carácter propio de los mismos (parte del contenido esencial de la libertad constitucional de creación de centros docentes y vinculado al derecho fundamental de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones y a otras libertades igualmente fundamentales, como las recogidas en el artículo 16 de la Constitución), se ven en buena medida sacrificadas en aras de los objetivos y finalidades del servicio público educativo.

Las consecuencias de estas contradicciones se reflejan en polémicas como la que constituye el objeto del presente estudio. Pretender negar a los centros privados concertados una determinada opción pedagógica, como es la educación diferenciada, podría ir allá de la restricción de las facultades de dirección de los titulares de estos centros constitucionalmente admisible, para acercarse a la simple y llana supresión del carácter propio, lo que atentaría contra la libertad constitucional de creación de centros docentes.

III. LA POLÉMICA SOBRE LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA

La educación diferencia o separada por sexos es una opción pedagógica ciertamente controvertida, con partidarios y detractores. Desde los años sesenta del siglo pasado, en los países desarrollados había quedado progresivamente arrumbada por la extensión de la educación mixta o coeducación, pero con el cambio de siglo se ha producido un renacimiento de la misma y, por

¹¹ Advierte B. SETUÁIN MENDÍA que «en el plano meramente práctico, resulta innegable que muchos de los centros privados de nuestro país (mayoritariamente religiosos, aunque no en exclusiva) han encontrado en esta figura una herramienta de primer orden para su mantenimiento e impulso. Por su parte, la Administración recurriendo a ella, ha podido, atender necesidades educativas que, en su defecto, hubiesen requerido la construcción y dotación de nuevos centros públicos, con los importantes esfuerzos de distinta índole que ello conlleva. No se trata, pues, como se pretende desde posiciones especialmente radicales, de un beneficio exclusivo para los centros docentes privados, que lo tienen sin duda. Debe reconocerse también la contribución del sistema de conciertos a la eficacia real del derecho a la educación obligatoria y gratuita, manifestado como servicios que los poderes públicos tienen que garantizar y que, admítase, en ciertos sectores sociales es demandado en su prestación por este tipo de centros» («El tratamiento jurisprudencial de la enseñanza diferenciada: la errática doctrina sobre conciertos educativos con centros privados que separan por sexos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 154 (2012), p. 240).

consiguiente, del debate que genera¹². Pero el objeto del presente estudio no es analizar los pros y los contras de esta modalidad educativa desde el punto de vista pedagógico, sino su compatibilidad con el principio constitucional de no discriminación por razón de sexo.

Sobre esta cuestión, lo primero que hay que manifestar es la sorpresa que produce el que en España pueda suscitar alguna duda¹³. La trigésima sesión plenaria de la undécima reunión de la Conferencia general de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), celebrada en París el 14 de diciembre de 1960, aprobó la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, que señala en su artículo 2 lo siguiente:

«En el caso de que el Estado las admita, las situaciones siguientes no serán consideradas como constitutivas de discriminación en el sentido del artículo 1 de la presente Convención:

a) La creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que esos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades

¹² Sobre este declive y posterior recuperación de la educación diferenciada, véase J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «Escolarización homogénea por razón del sexo y derecho fundamental a la educación en libertad», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 154 (2012), pp. 72 y ss., y la amplísima bibliografía allí citada.

¹³ Pone de manifiesto José ESTEVE PARDO que, cuando en Alemania se ha planteado la cuestión de la legalidad de la educación diferenciada, «lo primero que debe destacarse de la controversia que se suscita y los múltiples argumentos que en ella confluyen es que la idea de discriminación resulta del todo ajena al modelo de escuela monoeducativa. Es algo que ni lejanamente se plantea. En momento alguno se invoca la noción de discriminación, en ninguna de las resoluciones judiciales recaídas, ni en las alegaciones de las partes, ni en la jurisprudencia y doctrina en la que fundamentan sus pretensiones, ni tampoco, como resulta evidente, en la legislación aplicable que alcanza de lleno, como tendremos ocasión de comprobar hasta la propia Constitución». «Paradojas de la discriminación en materia educativa», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 37 (2013), <www.iustel.com>, p. 5). Por contraste, «en nuestra legislación, jurisprudencia y también en el debate político y mediático, la discriminación se ha situado –o se ha querido situar por algunos sectores– en el centro de esta temática. Se trata aquí de una noción muy primaria, y hasta grosera, de discriminación que no está presente en el Derecho alemán, como acabamos de constatar, ni en el Derecho Comunitario, ni en el de ninguno de sus Estados miembros, ni tampoco, como tendremos ocasión de comprobar, en las Declaraciones y Tratados Internacionales en materia de educación...» (ob. cit., p. 5). Para un profundo y documentado estudio de los fundamentos jurídicos del carácter no discriminatorio de la educación diferenciada, hay que remitirse a MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «Escolarización homogénea por razón del sexo y derecho fundamental a la educación en libertad», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 154 (2012), cit., pp. 78 y ss.

equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes
[...]>.

Por consiguiente, si bien este texto internacional de protección de los derechos humanos no impone a los Estados que admitan la educación separada por sexos, sí deja perfectamente claro que la misma no se puede considerar discriminatoria cuando se cumplen determinados requisitos, que cabe resumir en que las facilidades en el acceso a la enseñanza para ambos sexos sean equivalentes, así como la calidad y contenidos de la educación ofrecida¹⁴.

España depositó el Instrumento de Aceptación de la Convención el 20 de agosto de 1969, la Convención se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* núm. 262 de 1969, de 1 de noviembre, y su entrada en vigor para nuestro país se produjo el 20 de noviembre del mismo año, de acuerdo con el artículo 14 de la misma. Así pues, de conformidad con el artículo 10, apartado segundo, de la Constitución, que preceptúa que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España», el principio de no discriminación por razón de sexo del artículo 14 se tiene que interpretar a la luz de la Convención que nos ocupa, lo que conduce derechamente a la conclusión de que la educación diferenciada no vulnera dicho principio, siempre que se cumplan los requisitos que menciona el artículo 2, letra a), de la misma.

Como ya se ha dicho, que la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza no considere discriminatoria la educación separada por sexos no significa que imponga a los Estados que la admitan. Ahora bien, en España están reconocidas constitucionalmente la li-

¹⁴ Como dice gráficamente G. MORENO BOTELLA, «esto significa que si estas condiciones se cumplen, se está garantizando el principio de igualdad y que tal principio sólo se conculcaría, por ejemplo, si los programas de estudio entre niños y niñas no fueran los mismos (el Convenio de la UNESCO habla de equivalentes), imponiendo a las niñas una asignatura como costura y a los niños matemáticas, o los profesores, unos fueran licenciados y otros no, o que las niñas por ejemplo tuvieran menos facilidad para acceder al sistema de becas y otros ejemplos similares» («Educación diferenciada, ideario y libre elección de centro», *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 20 (2009), pp. 14-15, <www.iustel.com>).

bertad de enseñanza y la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto a los principios constitucionales, por lo que, no pudiendo estimarse la educación diferenciada contraria al principio de no discriminación por razón de sexo, no se alcanza a entender qué motivo de relevancia constitucional podría fundamentar la exclusión de esta opción pedagógica¹⁵.

La vigente Ley orgánica de educación contiene una disposición adicional vigesimoquinta, rotulada «fomento de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres» que señala que «con el fin de favorecer la igualdad de derechos y oportunidades y fomentar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, los centros que desarrollen el principio de coeducación en todas las etapas educativas, serán objeto de atención preferente y prioritaria en la aplicación de las previsiones recogidas en la presente Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en los convenios internacionales suscritos por España». Esta disposición supone la asunción, aunque sea de manera implícita, de la plena legalidad de la educación diferenciada, pero manifiesta una preferencia legislativa por la coeducación que, tal como está formulada, suscita dudas de constitucionalidad.

Si la educación separada por sexos es conforme a la Constitución y no se puede prohibir legalmente, no parece admisible que el legislador postergue a los centros que la practican frente a los que optan por la educación mixta. Una cosa es que el sistema educativo público prefiera la coeducación porque, acertada o equivocadamente, se entienda que favorece la igualdad de derechos y oportunidades y fomenta la igualdad efectiva entre hombres y mujeres de manera más eficaz que la educación diferenciada¹⁶, y otra es que a los centros

¹⁵ En un Estado democrático de Derecho «las preferencias pedagógicas o, en general, sobre el modo de entender cómo haya de ser la mejor educación, no pueden ser impuestas a los demás, ni siquiera aunque se compartan por mayorías supuestas o comprobadas, si las alternativas no atentan contra los derechos o libertades de los demás ni, en consecuencia, tampoco contra la moralidad ni ningún otro componente de orden público» (MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «Escalarización homogénea por razón del sexo y derecho fundamental a la educación en libertad», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 154 (2012), cit., p. 92).

¹⁶ Justamente ésa fue la cuestión (y no la del improponible carácter discriminatorio de la educación diferenciada) que dio lugar a la sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán de 30 de enero de 2013 que comenta ESTEVE PARDO en «Paradojas de la discriminación en materia educativa», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 37 (2013), cit. La conclusión del Alto Tribunal alemán, tras el examen de la literatura científica existente sobre el tema, es que «en absoluto puede advertirse en ella el más mínimo consenso sobre la superior idoneidad del modelo pedagógico de coeducación para alcanzar el objetivo educativo de la interiorización del principio de igualdad de género. Desde el modelo de la monoeducación o educación diferenciada puede alcanzarse y se alcanza de hecho con toda normalidad este objetivo. Las escuelas monoeducativas, abunda el Tribunal, cuentan con una larga tradición en Alemania y en todos los países

privados que practican esta última se les prive de una atención preferente y prioritaria en la aplicación de las previsiones de la Ley orgánica de educación, como si fueran de segunda clase o semiclandestinos. Así se discrimina, en vulneración del artículo 14 de la Constitución, a los alumnos de estos centros, que son tan titulares del derecho a la educación como los alumnos de los centros que desarrollan el principio de coeducación, y a sus docentes y titulares, que, de la misma forma, deben poder ejercer las libertades de enseñanza y de creación de centros docentes en idénticas condiciones que los docentes y titulares de los centros de enseñanza mixta.

IV. LOS CONCIERTOS CON LOS CENTROS PRIVADOS QUE OFRECEN EDUCACIÓN DIFERENCIADA

IV.1. *Jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo anterior a la aplicación de la Ley orgánica de educación*

Éste es el marco en el que hay que situar la cuestión de los conciertos con los centros privados que ofrecen educación separada por sexos. La Sala 3ª del Tribunal Supremo había abordado directamente la cuestión de su compatibilidad con el principio constitucional de no discriminación por razón de sexo en la sentencia de 26 de junio de 2006, dictada en el recurso de casación núm. 3356/2000 (ponente Pablo María Lucas Murillo de la Cueva)¹⁷, que llega a dos conclusiones muy claras en su fundamento jurídico octavo:

«Que este tipo de educación es lícita no se discute. Por otra parte, tampoco hay norma expresa que prohíba el sostenimiento público de centros que la practiquen»

La sentencia resalta que el sindicato recurrente, la Unión General de Trabajadores, había tenido que «rastrear el ordenamiento jurídico en busca de algún precepto que lo impida, sin encontrarlo», por lo que terminaba fundando su impugnación de la constitucionalidad de los conciertos con los centros que practican la educación diferenciada en el artículo 10, letra c), de la Con-

occidentales sin que se tenga constancia científica alguna de que ello suponga déficit de ningún tipo en relación con este objetivo educativo, ni con ningún otro» (ob. cit., p. 9).

¹⁷ Sobre esta sentencia y toda la jurisprudencia menor que la ha precedido, puede acudirse al estudio de MORENO BOTELLA, «Educación diferenciada, ideario y libre elección de centro», *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 20 (2009), cit., pp. 19 y ss.

vención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea general de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979. De acuerdo con dicho precepto:

«Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

[...]

c) La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos en enseñanza

[...]».

Como cabía esperar, frente a esa norma fue invocado el artículo 2, letra a) de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, al que ya se ha hecho referencia en este trabajo, lo que lleva al Alto Tribunal a hacer notar lo siguiente:

«A la vista de estos textos que, ciertamente, por mandato del artículo 10.2 de la Constitución han de informar la interpretación de las normas sobre los derechos y libertades en ella reconocidas, no se puede asociar la enseñanza separada con la discriminación por razón de sexo. No sólo porque así lo dice la Convención citada, sino porque el artículo 10. c) de la de 1979 no hace más que indicar que el estímulo de la enseñanza mixta es una de las posibles vías para superar los estereotipos de los papeles masculino y femenino. No hay contradicción entre ellos y es distinta la fuerza normativa que despliegan vista la estructura de uno y otro precepto. En el último caso, se afirma tajantemente que en las condiciones indicadas la enseñanza separada no discrimina por razón de sexo. En el primero, se dice que la enseñanza mixta es un medio, no el único, de promover la eliminación de aspectos de la desigualdad por razón de sexo.

Por tanto, las normas internacionales dejan abierta la cuestión [...]».

Finalmente, añade la sentencia que el hecho de «que la enseñanza obligatoria que se imparte en los centros públicos sea mixta no significa que deba serlo también en todos los centros educativos. Se trata de una opción que no puede ser impuesta. *Especialmente, cuando la Constitución reconoce a los padres el*

derecho de elegir la educación que desean para sus hijos, garantiza la libertad de creación de centros docentes y a partir de las previsiones de sus artículos 16 y 27, la LODE ampara el derecho de los titulares de los centros privados a definir su carácter».

Sin embargo, la sentencia que nos ocupa contiene en el mismo fundamento jurídico octavo que se viene citando un *obiter dictum* que va a abrir la puerta al cambio jurisprudencial que se produciría en 2012. Dicho pronunciamiento apunta lo siguiente:

«Es significativo a este respecto que las normas reguladoras del régimen de admisión de alumnos en los centros públicos -y en los concertados- no hayan incluido hasta ahora al sexo entre los motivos por los que no se puede discriminar a los alumnos (artículos 20.2 y 53 de la LODE, 3 del Real Decreto 366/1997 y, posteriormente, el artículo 72.3 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación). *Es verdad que el artículo 84.3 de la Ley Orgánica, 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, actualmente en vigor, sí incluye al sexo entre las causas por las que no se podrá discriminar a los alumnos en la admisión a los centros públicos y a los concertados. Y que su disposición adicional vigésimo quinta asegura una atención preferente y prioritaria a los centros que desarrollen el principio de la coeducación en todas las etapas educativas. No obstante, esta novedad, cuyo alcance no es el caso determinar ahora, no puede proyectarse sobre la Sentencia recurrida que se dictó a la vista de las normas entonces vigentes».*

La doctrina de la sentencia de 26 de junio de 2006 aparece reiterada en sentencias posteriores de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, entre las que cabe destacar las de 16 de abril de 2008, dictada en el recurso de casación 675/2005, y 11 de julio del mismo año, dictada en el recurso de casación 689/2005¹⁸.

No obstante, estas dos últimas sentencias contienen un importante matiz con respecto a la de 26 de junio de 2006, que constituirá otro de los funda-

¹⁸ Para un comentario detallado de estas sentencias, cabe remitirse a MORENO BOTELLA, «Educación diferenciada, ideario y libre elección de centro», *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 20 (2009), cit., pp. 28 y ss.; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «Escolarización homogénea por razón del sexo y derecho fundamental a la educación en libertad», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 154 (2012), cit., pp. 93 y ss.; SETUÁIN MENDÍA, «El tratamiento jurisprudencial de la enseñanza diferenciada: la errática doctrina sobre conciertos educativos con centros privados que separan por sexos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 154 (2012), cit., pp. 252 y ss.; y A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, «Régimen jurídico de la educación diferenciada en España», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 31 (2013), <www.iustel.com>, pp. 10 y ss.

mentos del giro jurisprudencial de 2012. En efecto, frente a la conexión que la primera establece entre la opción por la educación diferenciada y el derecho de los padres a elegir la educación que desean para sus hijos, la libertad de creación de centros docentes y la definición por los titulares de los centros privados del carácter propio de los mismos a partir de las previsiones de los artículos 16 y 27 de la Constitución, el fundamento jurídico noveno de la sentencia de 16 de abril de 2008 (reiterado en el primero de la de 11 de julio de 2008), sostiene que «el sistema de educación diferenciada, en lo que se refiere a los centros concertados, no forma parte del contenido esencial del derecho a la dirección que corresponde a sus titulares como una manifestación del derecho a la libertad de enseñanza reconocida en el artículo 27 CE» y añade que «el sistema de enseñanza mixta, en el caso de los centros concertados, es una manifestación o faceta más de esa competencia sobre la admisión del alumnado que corresponde a la Administración educativa que financia dichos centros concertados; esto es, forma parte de esa intervención estatal que limita el derecho de dirección en los centros privados que reciben ayudas públicas en virtud de lo establecido en el artículo 27.9 CE».

Esta concepción, según la cual en los centros privados concertados la decisión sobre si el sistema educativo que se aplica en el centro debe ser mixto o separado por sexos no forma parte de las facultades de dirección de los titulares amparadas por el contenido esencial de las libertades recogidas en el artículo 27 de la Constitución, sino de las facultades de la Administración para establecer el régimen de admisión de alumnos en los centros, se basa en la vieja doctrina del Tribunal Supremo sobre la aplicación a los centros privados concertados de los mismos criterios de admisión que a los centros públicos. En particular, se lee en el fundamento jurídico tercero de la sentencia de 9 de diciembre de 1987, dictada en el recurso de apelación 1177/1987, que «el derecho fundamental de crear y dirigir centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales, como una de las manifestaciones de la libertad de enseñanza (art. 27,1 y 6 de la Constitución), no comprende el derecho a la elección del alumnado, al menos cuando se trata de centros sostenidos con fondos públicos, si no se quiere negar el derecho de los padres o tutores a escoger centro docente que, como manifestación del derecho fundamental a la educación, reconoce a todos el art. 27,1 de la Constitución».

Trasladar esta doctrina a la educación diferenciada no parece acertado. La educación separada por sexos es una opción pedagógica, no un simple criterio de selección de los alumnos, a diferencia de la renta, la proximidad del domicilio o del lugar de trabajo de los padres al centro docente o la existencia de herma-

nos en el centro. Como tal opción pedagógica, puede formar parte del carácter propio de los centros privados que la aplican y, en esa medida, estaría indudablemente amparada por el contenido esencial de las libertades constitucionales de enseñanza y de creación de centros docentes, según reconocía con todo acierto la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2006¹⁹.

IV.2. *Jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo que aplica la Ley orgánica de educación*

Aunque las sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo que formalmente cambian la doctrina jurisprudencial sobre la legalidad de los conciertos educativos con los centros que practican la educación diferenciada son las de 23 y 24 de julio de 2012, dictadas en los recursos de casación núms. 4591/2011 y 5423/2011, en realidad hay otra un poco anterior, la de 24 de febrero de 2010, dictada en el recurso de casación núm. 2223/2008 (ponente Santiago Martínez-Vares García, que lo fue también de la sentencia de 23 de julio de 2012 que se acaba de citar), que anuncia ya con toda claridad la manera en que el Alto Tribunal va a interpretar las previsiones de la Ley orgánica de educación en esta materia.

Como se ha visto, el fundamento jurídico octavo de la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2006 ponía de relieve, en un *obiter dictum* que se demostraría capital en la evolución jurisprudencial posterior, la diferencia de redacción que se observa entre el último inciso del artículo 20, apartado segundo, de la Ley orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación (reproducido con la misma redacción por el artículo 72, apartado tercero, de la Ley orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de calidad de la educación), y el vigente artículo 84, apartado tercero, de la Ley orgánica

¹⁹ Como sostiene MORENO BOTELLA, «cuando se trata de centros docentes de iniciativa privada, éstos pueden llevar aparejada una determinada ideología o concepción del mundo o una determinada pedagogía diversa a la de los centros docentes públicos, que han de ser ideológicamente neutrales. A los titulares de centros privados se les reconoce el derecho a establecer un ideario o carácter propio. En dicho ideario, muy bien cabría incluirse el sistema de educación separada por sexos, no pudiendo ser esta característica, un obstáculo a la concesión de ayudas económicas por parte del Estado, a aquellos centros que, en el ejercicio legítimo de su libertad, desarrollaran una educación diferenciada» («Educación diferenciada, ideario y libre elección de centro», *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 20 (2009), cit., p. 9). Más próxima a las tesis de la Sala 3ª del Tribunal Supremo se muestra SETUÁIN MENDÍA en «El tratamiento jurisprudencial de la enseñanza diferenciada: la errática doctrina sobre conciertos educativos con centros privados que separan por sexos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 154 (2012), cit., pp. 243-244 y 255-256.

de educación. Mientras el primero señalaba que en la admisión de alumnos, tanto en los centros públicos como en los privados concertados (en virtud de la remisión que el artículo 53 hacía al artículo 20), «en ningún caso habrá discriminación en la admisión de alumnos por razones ideológicas, religiosas, morales, sociales, de raza o nacimiento», el segundo dice en cambio que «en ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, *sexo*, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Pues bien, esta novedad ya había sido anticipada por alguna normativa autonómica de desarrollo de la legislación educativa, cuya finalidad escasamente disimulada era obstaculizar los conciertos educativos con los centros privados que practican la educación diferenciada, en la línea de la jurisprudencia, también comentada en este trabajo, que confunde la educación separada por sexos como opción pedagógica amparada por el carácter propio que pueden tener los centros docentes privados con un criterio de selección de los alumnos. Llevada la cuestión a la Sala 3ª del Tribunal Supremo en relación con el artículo 2, apartado cuarto, del Decreto 22/2004, de 2 de marzo, del Consejo de Gobierno de la Comunidad autónoma de Castilla-La Mancha, que regula la admisión del alumnado en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos, ésta confirmó la anulación del precepto que ya había pronunciado la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, por entender que el precepto reglamentario incurría en exceso en el desarrollo de la legislación educativa vigente cuando se dictó (la Ley orgánica de calidad de la educación). Dice al respecto el fundamento jurídico cuarto de la sentencia de 24 de febrero de 2010:

«En consecuencia es claro que el Gobierno de la Comunidad Autónoma cuando dicta el Decreto recurrido es consciente de que introduce de modo subrepticio un nuevo criterio de no discriminación, el de sexo, en el artículo 2.4, que contraviene lo establecido en la Ley Orgánica vigente y que, por tanto, va más allá de la norma legal básica a la que contradice, excediendo de ese modo el derecho que posee de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles, grados y modalidades, pero que no alcanza a contradecir lo dispuesto en la norma orgánica estatal vigente».

Ahora bien, esta sentencia, en el mismo fundamento jurídico, añade algo más como *obiter dictum*:

«Es decir que la educación separada por sexos era conforme en España y estaba autorizada de acuerdo con la Convención puesto que el Estado la admitía, y desde luego así resultaba hasta la derogación de la Ley Orgánica

10/2.002 en desarrollo de la cual se dictó el Decreto 22/2.004 de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. *Y desde luego hay que admitir que dejó de serlo para los Centros Docentes sostenidos con fondos públicos una vez que la Ley Orgánica 2/2.006 introdujo como criterio de no discriminación en el art. 84 en el proceso de admisión de alumnos el relativo al sexo imponiendo definitivamente en esos centros el criterio de la coeducación».*

Es decir, se está indicando que la anulación del precepto autonómico no se habría producido si el mismo se hubiese dictado en desarrollo de la Ley orgánica de educación de 2006 y no de la Ley orgánica de calidad de la enseñanza de 2002. Y, en efecto, cuando la Sala 3ª del Tribunal Supremo se enfrenta en la sentencia de 23 de julio de 2012 a la denegación por una Comunidad autónoma de la celebración y de la renovación de conciertos educativos con centros que ofrecen educación separada por sexos ya bajo la vigencia de la nueva Ley orgánica de educación, llega a la conclusión de que «es obvio, que, previamente, el artículo 84 de la Ley 2/2.006 que expresamente se refiere a «la admisión de alumnos» ha excluido de la posibilidad de concertación a los centros de educación diferenciada por sexos, al prohibir en su número 3 la discriminación por sexo en la admisión de alumnos, existencia de discriminación que es previa al cumplimiento del resto de las condiciones que se exigen para lograr la suscripción del concierto» (fundamento jurídico tercero).

Más adelante, el fundamento jurídico cuarto de la sentencia añade:

«Por otra parte nadie puso en duda la legitimidad del sistema de educación diferenciada; cuestión distinta es que a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2.006 sea posible que esos centros privados puedan tener la condición de concertados sostenidos con fondos públicos, cuando expresamente en el régimen de admisión de alumnos se prohíbe la discriminación por razón de sexo, artículo 84.3 de la Ley. Y esa imposibilidad de obtener conciertos esos centros docentes que optan por la educación separada por sexos tampoco perturba ningún derecho constitucional de los padres que conservan el derecho de libre elección de centro y el de los titulares de la creación de centros con ideario o carácter propio, y sin que se vulnere el número 9 del artículo 27 de la Constitución porque determinados centros no puedan acceder al concierto si no reúnen los requisitos que la Ley establece».

Y a continuación se cita la jurisprudencia ya comentada en este trabajo que niega que la opción por la educación diferenciada esté protegida, en el caso de los centros privados concertados, por el contenido esencial de las libertades de enseñanza y de creación de centros docente, y la reduce a una

cuestión relativa a la admisión de los alumnos, sujeta, en consecuencia, a las facultades de intervención sobre este tipo de centros que la ley reconoce a la Administración educativa.

No queda sino añadir que con la sentencia de 24 de julio de 2012, que reitera los argumentos y conclusiones de la de 23 de julio, se ha formado doctrina jurisprudencial en el sentido del artículo 1, apartado sexto, del Código civil, y que esta doctrina se recoge en múltiples sentencias posteriores²⁰.

IV.3. *Crítica de la doctrina jurisprudencial de la Sala 3ª del Tribunal Supremo sobre los conciertos con los centros que ofrecen educación diferenciada*

Las sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 23 y 24 de julio de 2012 contienen un voto particular discrepante que firma el magistrado Antonio Martí García y que mantiene que el artículo 84, apartado tercero, de la Ley orgánica de educación no ha cambiado la posición jurídica de los centros privados que ofrecen educación separada por sexos a la hora de celebrar conciertos con la Administración. La argumentación en la que se basa este voto particular es tan sencilla como de sentido común: si, como ya se ha puesto de manifiesto en este trabajo, en nuestro Ordenamiento jurídico no es posible sostener que la educación diferenciada tenga carácter discriminatorio, la prohibición de discriminación por razón de sexo en la admisión de alumnos en los centros sostenidos con fondos públicos que establece el artículo 84, apartado tercero, de la Ley orgánica de educación no afecta a los centros que practican la educación separada por sexos y, por lo tanto, no constituye impedimento legal alguna para celebrar conciertos educativos con los mismos:

«Pues bien en base a tal normativa y teniendo en cuenta que en España, como se ha expuesto, esta autorizada la educación diferenciada, se puede y debe concluir declarando que los centros de educación diferenciada no generan discriminación por razón de sexo, siempre que la entidad titular de los

²⁰ Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2012 (recurso de casación núm. 5182/2011), 14 de enero de 2013 (recurso de casación núm. 1303/2012), 15 de enero de 2013 (recurso de casación núm. 4928/2011), 21 de enero de 2013 (recurso de casación núm. 5069/2011), 22 de enero de 2013 (cuatro sentencias, dictadas en los recursos de casación núms. 4595/2011, 5414/2011, 6251/2011, 541/2012), 23 de enero de 2013 (recurso de casación núm. 1171/2012) y 26 de febrero de 2013 (recurso de casación núm. 638/2012), por citar aquellas de las que se tiene constancia en el momento de elaboración del presente trabajo.

mismos ofrezca colegios similares para niños y para niñas, pues así expresamente lo dicen las normas internacionales citadas, a las que es preciso acudir para interpretar y aplicar la normativa española a virtud de lo dispuesto en el artículo 10 de la Constitución Española.

Sin olvidar en fin, por un lado, que la Educación diferenciada, conforme a lo dispuesto entre otros en el artículo 27 de la Constitución Española, es una de las distintas opciones que la norma permite, y por otro que a pesar de que el artículo 14 de la Constitución Española se refiere a la discriminación por razón de sexo en similares términos a los establecidos en el artículo 84 de la Ley 2/2006, aun con ese precepto, las sentencias más atrás citadas de la Audiencia Nacional y de esta Sala del Tribunal Supremo han mantenido y defendido la legalidad y legitimidad de la Educación Diferenciada».

Como bien apunta este voto particular, en realidad la redacción del apartado tercero del artículo 84 de la Ley orgánica de educación reproduce de manera casi literal el último inciso del artículo 14 de la Constitución, según el cual frente a la igualdad de todos los españoles ante la ley no puede prevalecer «discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». En consecuencia, no queda otro remedio que concluir que, si la educación diferenciada fuese discriminatoria, vulneraría el mencionado precepto constitucional y tendría que estar prohibida, ya que el artículo 27, apartado sexto, de la Constitución condiciona expresamente la libertad de creación de centros docentes al «respeto a los principios constitucionales». Y, al contrario, si la educación diferenciada es admisible porque no tiene carácter discriminatorio, entonces no se ve cuál es el obstáculo constitucional o legal que impide que la Administración educativa pueda celebrar conciertos con los centros que la practican²¹.

A esta misma conclusión ya había llegado la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, sección 1ª, en su sentencia núm. 569/2011, de 25 de mayo (ponente Dolores Rivera Frade), dictada en aplicación de la nueva Ley orgánica de educación, que se ha visto

²¹ Tan de sentido común es esta argumentación que la comparte buena parte de la doctrina científica que se ha ocupado del tema; véanse MORENO BOTELLA, «Educación diferenciada, ideario y libre elección de centro», *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 20 (2009), cit., p. 14; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, «Régimen jurídico de la educación diferenciada en España», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 31 (2013), cit., pp. 17-18; y ESTEVE PARDO, «Paradojas de la discriminación en materia educativa», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 37 (2013), cit., p. 10.

seguida por otras en el mismo sentido²². Se lee al final de su fundamento jurídico cuarto:

«La reforma operada en la LOE a través de la Ley 2/2006 no desdibuja este panorama constitucional, pues por una parte la Disposición adicional vigésimo quinta sólo contempla el principio de coeducación como criterio de preferencia, y por otra, como ya se dice en la STS de 11 de julio de 2008, la enseñanza separada en sí misma no es discriminatoria, además de que no se puede asociar con la discriminación por razón de sexo. Sigue sin existir una norma en nuestro ordenamiento jurídico que impida la posibilidad de financiar los centros docentes que no desarrollen el principio de coeducación».

Con todo, esta jurisprudencia admite que por ley podrían prohibirse los conciertos con los centros privados que ofrecen educación diferenciada. Dice el fundamento jurídico quinto de la sentencia núm. 569/2011:

«Ciertamente es que la admisión de alumnos sin discriminación de sexo ya se recoge en el artículo 84.3 de la LOE como una obligación que deben cumplir los centros docentes (obligación que también se recoge en artículo 6 de la Orden de 9 de enero de 2009). Sin embargo ni en la Ley de educación, ni en otra norma jurídica, se exige la enseñanza mixta como requisito para que un centro docente pueda ser beneficiario de financiación pública a través de los conciertos educativos

La exigencia de la enseñanza mixta como requisito para acceder al régimen de conciertos educativos sólo puede imponerse por disposición legal, y de hecho lo será si sale adelante el Anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de trato y la no discriminación aprobado por el Consejo de Ministros el día 7 de enero del año en curso, cuyo artículo 16 establece expresamente que «En ningún caso, los centros educativos que excluyan del ingreso en los mismos a grupos o personas individuales por razón de las causas establecidas en esta Ley, podrán acogerse a cualquier forma de financiación pública».

Pero mientras no se apruebe una norma con contenido igual o semejante al proyectado, no se puede entender prohibida la financiación de centros docentes de enseñanza separada».

²² Sobre esta jurisprudencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, véase SETUÁIN MENDÍA, «El tratamiento jurisprudencial de la enseñanza diferenciada: la errática doctrina sobre conciertos educativos con centros privados que separan por sexos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 154 (2012), cit., pp. 256-257.

A este respecto, hay que hacer notar que es cierto que la Constitución establece en su artículo 27, apartado noveno, que «los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca», pero no es menos cierto que la propia Ley fundamental prohíbe en su artículo 9, apartado tercero, la arbitrariedad de los Poderes público, lo que incluye también al legislativo. Por tanto, el legislador no puede introducir requisitos arbitrarios para el acceso a los conciertos educativos. Y con esto volvemos al punto sobre el que gira toda la cuestión analizada: si la educación diferenciada no tiene carácter discriminatorio, cuesta entender con qué fundamento se podría prohibir legalmente que los centros que la ofrecen celebren conciertos con la Administración.

Desde luego, no bastaría con alegar que la opción pedagógica que representa la educación diferenciada no es la acogida por la educación pública en España. Con ese argumento, se podría igualmente excluir de los conciertos educativos a los centros confesionales (dado que los centros públicos no tienen ni pueden tener carácter confesional) o, por poner un ejemplo trivial, a los que imponen el uso de uniforme a sus alumnos (puesto que en los centros públicos tampoco hay uniforme). Es obvio que nada de esto es constitucionalmente admisible: la limitaciones a las facultades de dirección de los titulares de los centros privados que derivan del régimen de concierto ni pueden tener carácter arbitrario ni pueden lesionar el contenido esencial de las libertades constitucionales de enseñanza y de creación de centros docentes²³.

²³ Como acertadamente señala ESTEVE PARDO, tanto en los pronunciamientos ya analizados de la Sala 3ª del Tribunal Supremo como en la aceptación acrítica por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de que la mera voluntad de legislador puede prohibir los conciertos con los centros que ofrecen educación diferenciada hay un común déficit de argumentación jurídico-constitucional: «es la pura voluntad del legislador –que nos va mostrando su faz más arbitraria según nos acercamos a ella– la que decide la exclusión de este modelo de monoeducación de la posibilidad de acceder al régimen de concierto. Una decisión del legislador que es acatada por el Tribunal Supremo en unas sentencias en las que el único argumento que se ofrece es, exclusivamente, este: es voluntad del legislador, del legislador de 2006, excluir del régimen del concierto a un modelo de escuela cuya legitimidad en todos lo órdenes es absolutamente incuestionable y reconocida como tal por el Supremo. Pero dos puntualización ha de realizarse al respecto: a) la propia Ley 2/2006 admite otra interpretación, tal como se postula en un voto particular a la sentencia reciente más relevante, que permitiría la coherencia argumental (un modelo de escuela tan legítimo como el de la coeducación habría de estar en la misma situación ante el régimen de concierto que los otros modelos) ante la arbitrariedad del legislador, y b) mucho más relevante: la Ley 2/2006 no es la única norma aplicable, la Constitución ofrece en esta materia referencias normativas determinantes y es, justamente, el corto recorrido constitucional de esta jurisprudencia la principal crítica que se le puede formular» («Paradojas de la discriminación en materia educativa», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 37 (2013), cit., pp. 10-11).

En cualquier caso, la línea jurisprudencial analizada ha tenido que ser abandonada por entrar en colisión frontal con la sentada por la Sala 3ª del Tribunal Supremo en sus sentencias de 23 y 24 de julio de 2012, y así lo ha declarado la sección 1ª de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en la sentencia núm. 213/2013, de 13 marzo.

V. CONCLUSIONES

La cerrada oposición que se manifiesta desde determinados sectores frente a la educación separada por sexos no se funda ya en razones de tipo pedagógico, sino de carácter abiertamente ideológico, relacionadas con la difusión de la llamada «ideología de género». Sin embargo, esa oposición se encuentra con un obstáculo jurídico a la hora de prohibir dicha opción pedagógica, que es el representado por el reconocimiento constitucional de las libertades de enseñanza y de creación de centros docentes dentro del respeto a los principios constitucionales. Para superar ese obstáculo habría que demostrar que la educación diferenciada es discriminatoria, pero ello resulta jurídicamente inviable, porque educar de manera separada a hombres y mujeres no supone en sí mismo discriminación alguna, siempre que se cumplan determinados requisitos (básicamente, que no implique que a uno de los sexos se le va a educar en inferioridad de condiciones con respecto al otro), y la propia normativa internacional de lucha contra las discriminaciones en la enseñanza así lo dice de manera expresa.

De ahí que en nuestro país el debate se haya desplazado al terreno de la enseñanza concertada, especialmente vulnerable por las fuertes restricciones a las facultades de dirección de los titulares de estos centros que prevé la legislación educativa. Confundiendo de forma interesada la educación diferenciada como legítima opción pedagógica que puede formar parte del carácter propio de ciertos centros privados con uno de los criterios de selección de los alumnos, que deben ser idénticos en los centros públicos y en los centros privados concertados, se ha conseguido excluir a los centros que ofrecen ese tipo de educación de la posibilidad de celebrar conciertos con la Administración.

Sin embargo, la conclusión a que lleva esa confusión atenta contra la lógica jurídica más elemental: si no se puede considerar, como se ha dicho repetidamente en este trabajo, que la educación separada por sexos tenga carácter discriminatorio, entonces el régimen de admisión de alumnos que la misma lleva implícito no constituye una discriminación por razón de sexo. En este

contexto, la interpretación jurisprudencial que se ha impuesto del artículo 84, apartado tercero, de la Ley orgánica de educación es una prueba adicional de que el sistema de conciertos educativos vigente en España supone una forma más que discutible de dar aplicación al artículo 27, apartado noveno, de la Constitución. Lo que debería ser un instrumento para canalizar la ayuda pública a los centros docentes privados en garantía de diversos derechos y libertades constitucionales (desde las libertades de enseñanza y de creación de centros docente al derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, pasando por las libertades ideológica y religiosa), se acaba convirtiendo en un yugo que convierte a aquéllos en gestores indirectos del servicio público educativo, con todas las servidumbres que ello lleva aparejado.

En definitiva, la polémica que existe en España sobre la compatibilidad de la educación diferenciada con el principio constitucional de no discriminación por razón de sexo jurídicamente no tiene razón de ser y es sólo una muestra más de la tendencia que se detecta en la actualidad a utilizar los derechos fundamentales como un arma arrojadiza en el debate político, identificándose de forma sistemática lo que desagrade por motivos ideológicos con lo que vulnera esos derechos. Así, en nombre de la igualdad efectiva y de la ampliación de los derechos se termina en realidad restringiendo los derechos de quien se considera enemigo ideológico y discriminándolo efectivamente.

Esto es, ni más ni menos, lo que sucede con los centros privados que ofrecen educación diferenciada, como consecuencia de la interpretación que Administración y Tribunales están llevando a cabo del artículo 84, apartado tercero, de la Ley orgánica de educación. Frente al resto de los centros privados, que tienen abierto el acceso al régimen de concierto con la Administración, a ellos se les excluye sin un motivo constitucionalmente aceptable. De esta manera (a lo que hay que sumar las previsiones de la disposición adicional vigesimoquinta de la propia Ley orgánica de educación, como ya se ha puesto de manifiesto en este trabajo), se les rebaja a la condición de centros educativos de segunda clase, meramente tolerados, generándose una grave discriminación hacia sus alumnos, que son tan titulares del derecho a la educación como los alumnos de los centros que desarrollan el principio de coeducación, y hacia sus docentes y titulares, que, de la misma forma, deberían poder ejercer las libertades de enseñanza y de creación de centros docentes en idénticas condiciones que los docentes y titulares de los centros

de enseñanza mixta. Y ésta sí que es una diferencia de trato que vulnera el artículo 14 de la Constitución²⁴.

Por todo lo expuesto, debe valorarse positivamente la reforma que el Proyecto de Ley orgánica de mejora de la calidad educativa propone introducir en el artículo 84, apartado tercero, de la Ley orgánica de educación. Por una parte, se añadiría al precepto un párrafo que recuerda lo siguiente:

«No constituye discriminación la admisión de alumnos o la organización de la enseñanza diferenciadas por sexos, siempre que la enseñanza que impartan se desarrolle conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 14 de diciembre de 1960».

Por otra parte, se restablecería expresamente la igualdad de trato para los centros que ofrecen la educación separada por sexo, sus titulares, sus docentes, sus alumnos y las familias que los eligen:

«En ningún caso la elección de la enseñanza diferenciada por sexos podrá implicar para las familias, alumnos y centros correspondientes un trato menos favorable ni una desventaja a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto. A estos efectos, los centros deberán justificar de forma objetiva y razonable la elección de dicho sistema, así como la implantación de medidas académicas para favorecer la igualdad».

Lo único que cabe reprochar a la reforma propuesta es que no suprima también la disposición adicional vigesimoquinta de la Ley orgánica de educa-

²⁴ En palabras de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «sería, por tanto, contrario al derecho a la educación que se privase de subvenciones o financiación pública a escuelas o centros de un solo sexo, que cumplan todas las demás condiciones legales establecidas para las escuelas o centros de su nivel a los que se reconozca derecho a esa asistencia pública. Ello comportaría además una discriminación injusta, basada en la opción pedagógica, contraria al principio de igualdad» («Escalarización homogénea por razón del sexo y derecho fundamental a la educación en libertad», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 154 (2012), cit., p. 108). Por su parte, ESTEVE PARDO pone de manifiesto que «a medida que avanzamos se nos va haciendo visible una discriminación en esta resuelta exclusión del régimen de conciertos a las escuelas monoeducativas o diferenciadas, cuando, como afirma otra vez el Tribunal Supremo, «nadie puso en duda la legitimidad del sistema de educación diferenciada» (STS de 23 de julio de 2012). Realmente hace falta mirar para otro lado si no quiere advertirse la discriminación en el tratamiento legal de opciones igualmente legítimas» («Paradojas de la discriminación en materia educativa», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 37 (2013), cit., p. 12).

ción, que consagra la discriminación legal de la educación diferenciada frente a la educación mixta y, por tanto, se contradice abiertamente con la dicción de este nuevo párrafo del artículo 84, apartado tercero²⁵. Dicho de otra forma, la opción de la educación pública por la coeducación en ningún caso debe suponer un trato menos favorable para los centros privados que practican la educación separada por sexos, pues las facultades de policía que la Administración educativa ostenta sobre los centros privados deben respetar el carácter propio de éstos, siempre que no atente contra los principios constitucionales. Ahí radica la diferencia entre lo que desagrada por motivos ideológicos, pero no se puede prohibir ni tratar de manera menos favorable por ese solo hecho, y lo que atenta contra los derechos fundamentales y, por tanto, resulta jurídicamente intolerable.

²⁵ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, aunque también valora favorablemente la propuesta de reforma, advierte que «no deja de ser llamativo que un texto normativo muestre una redacción tan minuciosa y que pretenda justificar tanto la legítima opción del legislador. Aunque no hay nada que objetar a este texto, cabe preguntarse qué interpretación se ofrecerá en el futuro a la discriminación por razón de sexo en caso de que el legislador elimine toda la explicación adicional que ahora presenta el anteproyecto de la LOMCE. Por eso conviene insistir no tanto en lo que puedan decir expresamente la leyes al respecto sino, más bien, en que se aprecie de un modo generalizado que la educación diferenciada no supone una discriminación por razón de sexo» («Régimen jurídico de la educación diferenciada en España», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 31 (2013), cit., p. 24, nota 75).